

O Litisconsórcio Necessário “Facultativo” na Ação de Embargos à Arrematação à Luz do Princípio da Instrumentalidade Substancial das Formas

Daniel Roberto Hertel

Professor e Advogado. Pós-graduado em Direito Público e em Direito Processual Civil pela Faculdade Cândido Mendes de Vitória.

1. INTROÍTO

Questão de suma relevância que permeia o dia a dia forense é a relacionada às nulidades processuais. De fato, não é raro que advogados aleguem a inobservância de determinadas formalidades processuais, evocando, pois, a respectiva declaração de nulidade.

É bem verdade, por outro lado, que o assunto relativo às nulidades processuais nem sempre recebeu, tanto por parte da doutrina quando por parte da jurisprudência, o devido tratamento. Quiçá isso se dê até mesmo em função do alto grau de dificuldade que permeia a matéria relativa às nulidades processuais¹.

De qualquer sorte, o que se pretende enfrentar, neste ensejo, são os consectários relativos à nulidade absoluta decorrente da ausência de formação do litisconsórcio passivo necessário em sede de ação de embargos à arrematação. Na verdade, mais do

¹ A advertência quanto à dificuldade da matéria é comum na doutrina. Cf. ARAGÃO, E. D. Moniz de. **Comentários ao código de processo civil**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 2. p. 255. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Nulidade processual e instrumentalidade do processo”. **Revista de processo**, São Paulo, ano 15, n. 60, p. 31-39, 1990.

que isso, pretende-se analisar a possibilidade de ser convalidada essa nulidade à luz do princípio da instrumentalidade substancial das formas.

A ação de embargos à arrematação constitui uma das formas de defesa do executado na execução, pois permite ao devedor que faça a impugnação das nulidades que ocorreram na realização da hasta pública, com a respectiva arrematação do bem. É comum, como se verá adiante, a advertência da doutrina e da jurisprudência no sentido de ser necessário formar-se litisconsórcio passivo entre o exequente e o arrematante nesta ação.

A ausência de formação do litisconsórcio no polo passivo da ação de embargos à arrematação, por ser tal litisconsórcio do tipo necessário, pode acarretar a nulidade absoluta do eventual julgamento. De qualquer modo, o que se pretende analisar neste azo é a possibilidade de ser mantido, pelo Tribunal, o julgamento *a quo*, desconsiderando-se a nulidade pela não formação daquele litisconsórcio com base no moderno princípio da instrumentalidade substancial das formas.

2. TIPOS DE LITISCONSÓRCIO

Cumprido, inicialmente, antes de analisar a questão relativa ao litisconsórcio necessário na ação de embargos à arrematação, tecer algumas considerações sobre o litisconsórcio, bem como sobre as suas diversas classificações. Na verdade, tais classificações são de grande relevância para a solução dos diversos problemas que envolvem a pluralidade de pessoas no processo.

O litisconsórcio consiste na pluralidade de pessoas em um dos polos ou em ambos os polos da relação jurídica processual².

² O litisconsórcio não se constitui na pluralidade de partes, mas sim de pessoas. De fato, em relação às partes, vigora o princípio da dualidade: sempre serão partes autor e réu. Como destaca Athos Gusmão, em jurisdição contenciosa, o processo supõe necessariamente a dualidade de partes, autor e réu, para perfeita integração da relação em processual em ângulo. Cf. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 7. Opina Dinamarco, contudo, em sentido diferente. Para o mencionado autor, no litisconsórcio vigora o princípio da pluralidade de partes. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 2, p. 277. De qualquer sorte, há uma exceção ao princípio da dualidade de partes.

Trata-se, na verdade, de uma extensão subjetiva da relação jurídica processual, de sorte a abarcar mais de uma pessoa em um dos pólos ou em ambos os pólos da relação jurídica de natureza processual.

Cite-se, a guisa de exemplificação, situação na qual vários servidores demandam judicialmente a majoração de seus vencimentos com base na aplicação de determinado índice econômico.

O litisconsórcio tem sua *ratio essendi* no princípio da economia processual. Sua finalidade precípua é, com efeito, permitir a análise de diversas lides numa única relação jurídica processual, evitando-se a multiplicidade de processos. Por outras palavras: visa-se, em última análise, a atender ao princípio da economia processual, conglobando numa única relação jurídica lides relativas a diversas pessoas.

Note-se que, havendo litisconsórcio, não haverá pluralidade de procedimentos e nem de processos. O processo, como instrumento da atividade jurisdicional, é um só, a despeito da pluralidade de pessoas que figuram ou no pólo ativo ou no pólo passivo ou mesmo em ambos os pólos da relação jurídica processual³. Da mesma sorte, insta registrar que o procedimento será único para análise das diversas lides deduzidas.

O litisconsórcio pode ser classificado segundo quatro vertentes, que serão analisadas adiante.

Trata-se da situação em que há processo sem réu. Isso ocorre na ação de investigação de paternidade *post mortem*, quando o investigado não tiver deixado herdeiros e nem bens. A propósito, cf.: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 9. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2006, p. 160.

³ Consequência do exposto é que eventual decisão que venha a afastar um litisconsorte da lide, durante a tramitação processual, deverá ser hostilizada por meio de agravo de instrumento. No sentido do exposto: “PROCESSUAL CIVIL - AFASTAMENTO DE LITISCONSORTE PASSIVO - DECISÃO INTERLOCUTÓRIA - RECURSO CABÍVEL - 1. Já está pacificado o entendimento de que o recurso cabível contra a decisão que afasta litisconsorte passivo da lide é o agravo de instrumento, independente da natureza da ação ou da causa de pedir. 2. Estando pacificado o entendimento do e. STJ quanto à matéria em exame, não há óbice para a aplicação do disposto no art. 557 do CPC no caso. 3. Agravo improvido” (TRF 4ª R. - AG-AI 2002.04.01.015461-6 - 3ª T. - Relatora Desembargadora Fed. Marga Inge Barth Tessler - DJU 04.09.2002 - p. 823).

2.1 Litisconsórcio Ativo, Passivo e Misto

A primeira vertente de classificação do litisconsórcio relaciona-se ao polo da relação jurídica processual em que ele é formado. Sob esse prisma, o litisconsórcio pode ser ativo, passivo ou misto.

O litisconsórcio ativo consiste na pluralidade de pessoas que integram o polo ativo da relação jurídica processual. Cite-se, como exemplo, situação em que os cônjuges ajuízam ação de execução de aluguéis em face do respectivo locatário.

De outro vértice, o litisconsórcio pode ser, também, passivo. Nesse caso, a pluralidade de pessoas situa-se no polo passivo da relação jurídica processual. Cite-se, como exemplo, situação em que uma ação de cobrança foi ajuizada em face de devedores solidários. Outro exemplo que pode ser citado é o dos embargos à arrematação, que são movidos em face do exequente e do arrematante.

Por fim, o litisconsórcio pode ser, ainda, misto. Neste caso, a pluralidade de pessoas situa-se em ambos os polos da relação jurídica processual. Basta citar, como exemplo, situação em que dois irmãos movem ação de indenização em face do preposto de uma sociedade empresária e também em face desta.

2.2 Litisconsórcio Necessário e Facultativo

Sob outro prisma, ou seja, sob o prisma da imprescindibilidade da sua formação, o litisconsórcio pode ser necessário ou facultativo. Dá-se o primeiro quando a presença de determinadas pessoas em um dos polos ou em ambos os polos da relação jurídica processual é obrigatória. O litisconsórcio necessário decorre da lei ou da natureza da relação jurídica.

Constitui exemplo de litisconsórcio necessário o que ocorre na ação de anulação de casamento aforada pelo Ministério Público. Nesse caso, deverão figurar no polo passivo ambos os consortes. Outro exemplo de litisconsórcio necessário ocorre nas ações que versem sobre direito real imobiliário de cônjuges. Nesse caso, ambos os consortes também devem figurar no polo passivo.

Esclareça-se, ademais, que nos termos do art. 47, parágrafo único do CPC, a não formação do litisconsórcio necessário, se não

sanada, poderá resultar na extinção do processo, em decorrência da presença de nulidade absoluta⁴. Por outras palavras: caso seja proferida sentença em caso de litisconsórcio necessário, com a sua não formação haverá nulidade absoluta no processo⁵.

A propósito, destaca Ovídio Baptista da Silva⁶ que, nos casos de não formação do litisconsórcio necessário, a nossa doutrina e a nossa jurisprudência filiaram-se à tese de Chiovenda, no sentido de que a sentença não produzirá qualquer efeito em relação ao terceiro que deveria ter figurado como litisconsorte. De qualquer sorte, registra o mencionado autor a existência de corrente diversa, prestigiando a tese de que a eficácia da sentença só não teria efeito contra o terceiro, que deveria ter figurado como litisconsorte, se houvesse algum tipo de prejuízo. Essa última corrente, como se demonstrará adiante, é a mais consentânea com o moderno direito processual civil.

O litisconsórcio pode ser, ainda, facultativo. Nesse caso, a sua formação queda a critério da parte. De qualquer modo, o litisconsórcio facultativo poderá ser formado nas situações mencionadas nos incisos do art. 46 do Código de Processo Civil. Cite-se como exemplo situação em que são demandados conjuntamente três devedores solidários. A formação do litisconsórcio, nesse caso, é facultativa, podendo o credor ajuizar a ação em face de um, de dois ou de todos os devedores (art. 46, inc. I do CPC c/c 275 do CC⁷).

⁴ No sentido do exposto, pode-se colacionar o seguinte julgado: “PRELIMINAR - LITISCONSÓRCIO PASSIVO - NECESSIDADE - ANULAÇÃO - Em havendo a necessidade de formação do litisconsórcio passivo, pedido não deferido em primeira instância e imprescindível à instrução do feito, são nulos todos os atos a partir da contestação, devendo-se retornar o processo à origem para sanar a nulidade com a citação dos ausentes e reinstrução do feito” (TJRO - AC 100.003.2005.005248-1 - 1ª C. Cív. - Relª Juíza Rosemeire Conceição dos Santos Pereira de Souza - J. 13.11.2007).

⁵ Nesse sentido, cf.: GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1, p. 158.

⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Comentários ao código de processo civil: do processo de conhecimento - arts. 1º ao 100**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 1, p. 248.

⁷ Art. 46 do CPC. “Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando: I - entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide”. Art. 275 do CC. “O credor tem direito a exigir ou a receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto”.

2.3 Litisconsórcio Unitário e Simples

Sob a ótica do resultado, o litisconsórcio poderá ser simples ou unitário.

Diz-se que o litisconsórcio é simples quando a decisão a ser proferida na causa poderá ser diferente em relação a cada litisconsorte. Imagine, à guisa de exemplificação, ação de indenização ajuizada em face de duas pessoas. O magistrado poderá reconhecer a obrigação de indenizar em relação a uma delas ou em relação a ambas. Ora, nesse caso, o resultado do julgado poderá ser diverso em relação a cada litisconsorte.

Por outro lado, considera-se unitário o litisconsórcio quando a decisão a ser proferida na ação tiver que ser idêntica para todos os litisconsortes. Cite-se exemplo da situação em que dois condôminos ajuizaram ação reivindicatória em face de uma determinada pessoa. Ora, nesse caso, o resultado da ação aforada deverá ser o mesmo tanto em relação a um condômino quanto em relação ao outro⁸.

2.4 Litisconsórcio Alternativo e Eventual

A doutrina não costuma reportar-se à categoria do litisconsórcio alternativo ou eventual. Na verdade, trata-se de classificação pouco utilizada, mas mencionada pela doutrina de qualidade.

Cândido Dinamarco⁹ registra que o litisconsórcio alternativo poderá ser formado quando existir uma dúvida razoável sobre o sujeito que deverá figurar no polo passivo da demanda. Nessa situação, o autor tem a faculdade de incluir no polo passivo da relação jurídica processual duas ou mais pessoas. A situação en-

⁸ A propósito registra Misael Montenegro o seguinte: “O litisconsórcio necessário pode ser simples ou unitário. Na primeira espécie, embora se exija a presença dos litisconsortes no feito para a validação da relação processual, pode a sentença ser disforme em relação a eles. Na segunda das espécies, há necessidade de que a sentença judicial surta os mesmos efeitos em relação a todos os litisconsortes. O juiz não pode julgar a ação procedente para uns e improcedente para os demais, sejam estes autores ou réus na demanda judicial” (MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. São Paulo: Atlas, 2005, v. 1, p. 312).

⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 2, p. 362 e 363.

contra amparo na Constituição Federal, no princípio que assegura a liberdade de demandar.

Cite-se o exemplo da ação de consignação em pagamento na qual é asseverado que há dúvida quanto a quem seja o credor de uma determinada obrigação. Nesse caso, há dúvida sobre a quem se deva legitimamente fazer o pagamento. A ação tem espeque no art. 898 do Código de Processo Civil. Imagine-se, então, situação em que o autor da consignatória alegue que dele está sendo exigido o pagamento de um mesmo tributo tanto por parte da Fazenda Estadual quanto por parte da Fazenda Federal. Ora, o litisconsórcio nessa situação será alternativo.

O litisconsórcio, por outro lado, será eventual quando houver uma ordem de preferência entre os demandados. Caso haja essa ordem, deixa o litisconsórcio de ser alternativo, passando a ser eventual. Como destaca Dinamarco, nesse caso, o autor não se limita a externar dúvida em relação ao polo passivo da demanda, mas nos externa uma preferência entre os demandados.

3. A DEFESA DO DEVEDOR E A AÇÃO DE EMBARGOS À ARREMATACÃO

A defesa do devedor na execução é matéria que merece tratamento apartado. De fato, há diversas peculiaridades em relação à defesa na execução, se cotejada com a defesa realizada no processo cognitivo. De qualquer modo, não se pretende aqui analisar toda a sistemática da defesa na execução, dado o objetivo deste trabalho, mas tão somente a defesa aviada por meio de embargos à arrematação.

3.1 Defesa do Devedor e o Contraditório na Execução

A aplicação do princípio do contraditório na execução constitui matéria divergente na doutrina. Theodoro Júnior¹⁰, por exemplo, defende a não aplicação do mencionado princípio na execução. Alexandre Câmara¹¹, por outro lado, defende a aplicação do

¹⁰THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 35. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 2, p. 5. Cita este autor, ainda, entendimento de Lopes da Costa e de Gian Antonio Micheli no mesmo sentido. Registro, contudo, que, em obra mais recente, o Professor Theodoro Júnior parece ter atenuado seu entendimento antes

princípio do contraditório à execução, uma vez que o contraditório é inerente ao processo. Há, ainda, uma terceira orientação¹² no sentido de que o contraditório na execução é atenuado, ou seja, é mitigado.

A terceira orientação parece ser a mais adequada. O contraditório na execução, embora exista, é relativizado, sendo exercido apenas nas hipóteses expressamente previstas em lei¹³. De qualquer modo, o que se pode asseverar é que o contraditório na execução é peculiar, ou seja, é exercido por mecanismos próprios.

Na execução de título extrajudicial, por exemplo, o contraditório pode ser inaugurado por meio de embargos do devedor, nos termos do disposto no art. 736 do CPC. Já na execução de título judicial, o contraditório é instaurado por meio da chamada impugnação, nos termos do art. 475-L do CPC. As matérias que podem ser alegadas neste caso são circunscritas a um rol previamente definido pelo legislador, o que se justifica em função da existência de uma decisão judicial prévia, que já pode estar acobertada pelo manto da coisa julgada.

3.2 Embargos de Devedor

O meio clássico de defesa do devedor na execução são os embargos do devedor. Na verdade, os embargos do devedor constituem uma ação por meio da qual o executado pode aviar a sua defesa. Os embargos do devedor são disciplinados no Código de Processo Civil nos arts. 736 *usque* 747 e podem ser classificados em

esposado. Nesse sentido: “O fato, porém, de o processo de execução não se endereçar a uma sentença (ato judicial de accertamento ou definição) não quer dizer que o devedor não tenha defesa contra os atos executivos que atingem o seu patrimônio. Todo e qualquer processo está sujeito aos ditames do devido processo legal, dentre os quais ressalta o direito ao contraditório” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A reforma da execução de título extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 174).

¹¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2006, v. 2, p. 157.

¹² MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2005, v. 2, p. 268.

¹³ Já defendi essa mesma orientação em outro ensejo. Cf. HERTEL, Daniel Roberto. *Curso de execução civil*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2008, p. 25.

dois grandes grupos: os embargos de primeira fase e os embargos de segunda fase.

3.2.1 Embargos de primeira fase

Os embargos de primeira fase são os embargos à execução previstos no art. 745 do Código de Processo Civil. O executado tem o prazo de quinze dias para apresentá-los, contados da junta da aos autos do mandado de citação devidamente cumprido, nos termos do art. 738 do citado *codex*. Por meio desses embargos, o executado poderá evocar em seu proveito qualquer matéria de defesa.

3.2.2 Embargos de segunda fase

Os embargos de segunda fase, de outro vértice, estão previstos no art. 746 do Código de Processo Civil. O prazo para sua apresentação não é de quinze dias, mas de apenas cinco dias. Este prazo é contado a partir da adjudicação, da alienação ou da arrematação.

O prazo para apresentação dos embargos de segunda fase, como mencionado, não é semelhante ao prazo para apresentação dos embargos de primeira fase. Ademais, o termo *a quo* de seu cômputo também é diverso, ou seja, é peculiar.

De fato, no caso dos embargos de primeira fase, como visto, o prazo é contado a partir da juntada aos autos do mandado de citação devidamente cumprido. No caso dos embargos de segunda fase, por outro lado, o prazo é contado da assinatura do auto ou termo. É que a formalização dos atos expropriatórios dá-se mediante auto (arts. 685-B e 694 do CPC) ou termo (art. 685-C, § 2º do CPC). O prazo, então, é contado da assinatura de um desses documentos.

Destaque-se que, nessa peça de defesa, o executado poderá alegar qualquer causa extintiva da obrigação ou impugnar nulidades que surgiram após a penhora, em especial aquelas cujo surgimento tenha ocorrido após o prazo para a apresentação dos embargos de primeira fase. Reza, com efeito, o art. 746 do Código de Processo Civil:

Art. 746 do CPC. É lícito ao executado, no prazo de 5 (cinco) dias, contados da adjudicação, alienação ou arrematação, oferecer embargos fundados em nulidade da execução, ou em causa extintiva da obrigação, desde que superveniente à penhora, aplicando-se, no que couber, o disposto neste Capítulo.

3.3 Embargos à Arrematação

Cumpre, neste ensejo, analisar os embargos à arrematação. Trata-se de verdadeira ação incidental, por meio da qual o devedor poderá aviar matérias relativas às nulidades processuais ou causas extintivas da obrigação que tiverem ocorrido após a penhora. Insta registrar, desde logo, que os embargos à arrematação somente têm cabimento nas execuções por quantia certa¹⁴.

3.3.1 Considerações iniciais

Os embargos à arrematação inserem-se na categoria dos embargos de segunda fase. Por outras palavras: por meio dos embargos à arrematação podem ser hostilizadas as nulidades que ocorrerem após a penhora. Em particular, na praxe forense, a nulidade mais comum vergastada em sede de embargos à arrematação diz respeito ao ato de arrematação.

De fato, costuma-se impugnar nessa peça de defesa nulidades relativas à arrematação. A alegação de venda do bem por preço vil, por exemplo, é muito comum. O executado evoca em seu proveito o art. 692 do CPC que veda a alienação por preço vil. Também costumam ser alegadas nulidades relativas à não observância de formalidades prévias para a realização da hasta pública, como a não intimação do credor hipotecário, do executado, do exequente ou mesmo a não publicação dos editais de hasta ou a deficiência do seu conteúdo.

¹⁴ É que nas execuções de obrigações de dar, de fazer e de não fazer não há a prática de atos expropriatórios, como a arrematação.

3.3.2 Matérias alegáveis

Questão que merece alguma reflexão diz respeito às matérias que podem ser alegadas em sede de embargos à arrematação. O art. 746 do CPC esclarece a viabilidade de serem alegadas as nulidades da execução ou mesmo as causas extintivas da obrigação, desde que supervenientes à penhora.

Uma primeira questão a ser consignada é que a expressão “causas extintivas da obrigação” deve ser compreendida em sentido amplo. Nesse contexto, deve nela ser contemplada qualquer causa que possa culminar na extinção da obrigação, como o pagamento, a compensação, a novação ou a remissão. Não há óbice, outrossim, à alegação de prescrição, porquanto tal matéria pode ser conhecida *ex officio* pelo juiz, nos termos do art. 219, § 5º do Código de Processo Civil.

Outra questão a ser analisada diz respeito à utilização pelo legislador, no dispositivo, da expressão “superveniente à penhora”. Na verdade, a expressão foi utilizada de modo equivocado, porquanto os embargos de primeira fase, nos termos do art. 736 do CPC, podem ser apresentados independentemente de penhora. Por outras palavras: o prazo para apresentação dos embargos de primeira fase é de quinze dias contados da juntada aos autos do mandado citatório, independentemente de realização de penhora.

Ora, se a penhora não é relevante para fins de delimitação temporal do prazo para apresentação dos embargos de primeira fase, não deveria o legislador ter-se utilizado desse marco para fins de definição das matérias que poderão ser alegadas nos embargos de segunda fase. No sentido do exposto, em outro ensejo, teci a seguinte consideração:

(...) O equívoco do legislador, nesse particular, é ululante. É que a penhora não é o marco temporal para divisar os embargos de primeira fase dos de segunda. Por outras palavras: os embargos de primeira fase deverão ser apresentados no prazo de quinze dias, contados da juntada aos autos do mandado de citação devidamente cumprido, tenha ocorrido ou

*não penhora. Ora, se a realização da penhora é irrelevante para a apresentação dos embargos de primeira fase, não deveria o legislador ter utilizado essa expressão no art. 746 do CPC. Na verdade, nos embargos de segunda fase poderão ser alegadas as nulidades ou causas extintivas da obrigação que tiverem ocorrido após o decurso do prazo para apresentação dos embargos de primeira fase*¹⁵.

Desse modo, nos embargos de segunda fase poderão ser alegadas todas as causas extintivas da obrigação ou nulidades, desde que sejam posteriores ao prazo para apresentação dos embargos de primeira fase. O marco temporal, portanto, não é a penhora.

De fato, é possível que causas extintivas da obrigação ou nulidades posteriores à penhora sejam alegadas em embargos de primeira fase ou mesmo que causas extintivas da obrigação ou nulidades anteriores à penhora sejam alegadas nos embargos de segunda fase. A penhora é irrelevante para caracterizar as matérias que serão alegadas nos embargos de primeira ou de segunda fase.

Exemplo da primeira situação seria o caso de ausência de intimação do devedor (art. 652, § 1º do CPC) em relação à penhora realizada após o transcurso do prazo para apresentação dos embargos de primeira fase. Exemplo da segunda situação seria aquela em tenha ocorrido nulidade de citação do devedor. Essa matéria poderá ser alegada em sede de embargos de segunda fase, a despeito de ser anterior à penhora.

Ademais, todas as matérias de ordem pública, posto que tenham surgido anteriormente à penhora, poderão ser alegadas em sede de embargos à arrematação. As matérias relativas aos pressupostos processuais e às condições da ação, com efeito, podem ser aviadas em sede de embargos à arrematação. Tal possibilidade decorre do disposto nos arts. 267, § 3º e 301, § 4º do Código de Processo Civil.

¹⁵ HERTEL, Daniel Roberto. *Curso de execução civil*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2008, p. 426.

3.3.3 Embargos à arrematação em sede de cumprimento de sentença

Questão que merece análise apartada e que é pouco destacada pela doutrina diz respeito à possibilidade de manejo dos embargos à arrematação no caso de execução por quantia certa de título judicial.

Na verdade, os sistemas de execução pautados em títulos extrajudicial e judicial são bem diferentes. As formas de defesa do devedor, a serem manejadas em um sistema e em outro, são diversas. Na execução por quantia certa, pautada em título extrajudicial, o devedor defende-se por meio de embargos do devedor (art. 736 do CPC). Já na execução pautada em título judicial, o devedor poderá defender-se por meio de impugnação, na forma do disposto no art. 475-L do CPC.

E quanto aos embargos à arrematação, poderão eles ser manejados na execução de título judicial? Em princípio, os referidos embargos são destinados à execução de título extrajudicial, até mesmo pela sua localização topográfica no CPC, ou seja, constam do Livro II do Código. De qualquer sorte, não vejo qualquer óbice à utilização dos referidos embargos em sede de execução pautada em título judicial¹⁶.

Com efeito, o art. 475-R do CPC esclarece que são aplicáveis subsidiariamente à execução de título judicial as normas que tratam da execução pautada em título extrajudicial. Ora, nesse particular, os embargos à arrematação, por estarem previstos no Livro II do CPC, que é destinado à execução de título extrajudicial, poderiam ser utilizados em sede de execução pautada em título judicial. Trata-se da possibilidade de aplicação subsidiária, com fulcro no mencionado preceptivo.

Ademais, a impugnação do art. 475-L do CPC deve ser apresentada no prazo de quinze dias contados da intimação da penhora, nos termos do art. 475-J, § 1º do mencionado código. Desse modo, as nulidades ou as causas extintivas da obrigação posterior-

¹⁶ Admitindo a apresentação de embargos à arrematação em sede de cumprimento de sentença que contemple obrigação de pagar quantia, cf.: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007, p. 309.

res à penhora deverão ser apresentadas por meio de embargos à arrematação.

Os embargos à arrematação, portanto, poderão ser apresentados na execução de título judicial, desde que sejam alegadas matérias posteriores à penhora. As matérias anteriores à penhora e que constam do rol do art. 475-L do CPC deverão ser alegadas na impugnação¹⁷.

Quanto às matérias de ordem pública (art. 267, § 3º e 301, § 4º), posto que não alegadas em sede de impugnação, poderão ser deduzidas por meio de embargos à arrematação na execução de título judicial ou até mesmo por meio de *simplex petita*. Note-se que as matérias de ordem pública a serem alegadas aqui são tão somente aquelas posteriores à sentença. As anteriores estão acobertadas pela preclusão. A única matéria anterior à sentença que poderá ser alegada na impugnação ou nos embargos à arrematação é a falta ou nulidade de citação, se o processo tiver tramitado à revelia.

3.3.4 Litisconsórcio passivo necessário entre o exequente e o arrematante nos embargos à arrematação

Nos embargos à arrematação, seja na execução de título extrajudicial ou de título judicial, deverá ser formado no polo passivo litisconsórcio necessário entre o exequente e o arrematante. Na verdade, tal formação é necessária, porquanto do julgamento dos mencionados embargos poderão ser afetados tanto o exequente quanto o executado.

A jurisprudência¹⁸ e a doutrina¹⁹ são pacíficas a respeito, ao exigirem a necessidade de formação de litisconsórcio pas-

¹⁷ Registro, contudo, que há orientação na doutrina no sentido de que, no caso de execução de título judicial, não serão cabíveis os embargos à arrematação, mas sim uma nova impugnação, na forma do art. 475-L do CPC, para impugnar os atos relativos à hasta pública. Nesse sentido, cf.: GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 3, p. 216.

¹⁸ No sentido do exposto, pode ser citado o seguinte julgado: “É indispensável a presença do arrematante, na qualidade de litisconsorte necessário, na ação de embargos à arrematação, porquanto o seu direito será discutido e decidido pela sentença. É pacífica a jurisprudência no sentido de que a falta de citação do litisconsorte necessário implica nulidade do processo” (STJ, Segunda Turma, REsp. 18.550-0-SP, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro,

sivo entre o exequente-embargado e o arrematante do bem. Ademais, o art. 746, § 1º do Código de Processo Civil esclarece que “oferecidos os embargos, poderá o adquirente desistir da aquisição”. Tal dispositivo permite entrever que o adquirente do bem deve ter ciência do aforamento dos embargos à arrematação.

Considerando a necessidade de formação do litisconsórcio entre o exequente e o adquirente do bem no polo passivo dos embargos à arrematação, tem-se entendido²⁰ que a sua inobservância acarretará a nulidade do processo, nos termos do art. 47, parágrafo único do CPC. Tal nulidade gera como efeito magno a desconstituição da arrematação.

De qualquer sorte, o que se pretende defender aqui é a possibilidade de convalidação dessa nulidade pela ausência de formação de litisconsórcio entre o exequente-embargado e o arrematante, aplicando-se o princípio da instrumentalidade substancial das formas.

DJU 22.11.93, p. 24.931). No mesmo sentido: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À ARREMATAÇÃO. ARREMATANTE. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. Em vista do disposto no art. 47 do CPC, mostra-se apropriado que a arrematante figure no polo passivo dos embargos que visam à desconstituição do ato de arrematação. Precedentes jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça. AGRVO PROVIDO” (TJRS; AI 70007486681; Porto Alegre; Quinta Câmara Cível; Relª Desª Ana Maria Nedel Scalzilli; Julg. 30/10/2003). Outro julgado seguindo a mesma esteira: “EMBARGOS À ARREMATAÇÃO. PROCESSO CIVIL. FALTA DE CITAÇÃO DO ARREMATANTE. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. PRELIMINAR DE NULIDADE ACOLHIDA. É indispensável a citação do arrematante nos embargos à arrematação na qualidade de litisconsorte passivo necessário. RECURSO PROVIDO. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA” (TJRS; AC 70013517099; Getúlio Vargas; Décima Sexta Câmara Cível; Rel. Des. Claudir Fidelis Faccenda; Julg. 11/01/2006).

¹⁹ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 4, p. 729. No mesmo sentido, cf. HERTEL, Daniel Roberto. *Curso de execução civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 428 e 429.

²⁰ No sentido do exposto: “PROCESSUAL CIVIL. AGRADO INTERNO EM AGRADO DE INSTRUMENTO. SFH. EMBARGOS À ARREMATAÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ARREMATANTE. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. RECURSO DESPROVIDO. Configura-se indispensável a presença do arrematante no polo passivo dos embargos à arrematação, na qualidade de litisconsorte necessário, eis que a esfera jurídica dos arrematantes será diretamente afetada pelo conteúdo da decisão a ser proferida nos embargos, podendo culminar, inclusive, com a desconstituição da arrematação” (TRF 2ª R.; AGInt-AI 2000.02.01.011242-6; Sétima Turma; Rel. Des. Fed. Sergio Schwartz; DJU 21/05/2007; p. 315).

4. O PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE SUBSTANCIAL DAS FORMAS E O LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO FACULTATIVO NOS EMBARGOS À ARREMATACÃO

Cumprido, agora, tecer algumas considerações sobre o princípio da instrumentalidade substancial das formas. Munido desse suporte teórico, será possível analisar o foco do problema aqui proposto, qual seja, a possibilidade de aplicação do mencionado postulado aos casos em que há inobservância do litisconsórcio necessário entre exequente e arrematante na ação de embargos à arrematação.

4.1 Considerações Iniciais

O princípio da instrumentalidade das formas é a norma processual mais importante do Código de Processo Civil. É por meio desse princípio que se compreende a verdadeira finalidade do instrumento judicial. O processo não é um complexo de formalidades, apartado da realidade social. Trata-se, na verdade, de mero instrumento destinado à concessão da tutela jurisdicional e à realização dos direitos.

O princípio da instrumentalidade das formas é que permite compreender o processo como meio e não como fim. Como destaca, com muita propriedade, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira²¹ “a mais grave miopia de que pode padecer o processualista é ver o processo como medida de todas as coisas”.

O princípio da instrumentalidade das formas, considerando-se a sua elevada carga axiológica, deve ter aplicação a todo o sistema processual. Com efeito, poderá ser aplicado em sede de processo de conhecimento, execução ou cautelar. Trata-se de postulado positivado no sistema que otimiza a atividade de prestação da tutela jurisdicional e que, por isso mesmo, deve ter sua aplicação ao máximo irradiada.

Ademais, no IX Congresso Mundial de Direito Processual, realizado em Portugal, no ano de 1991, considerou-se que o princípio

²¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 61.

da instrumentalidade das formas é a regra mais bela de todo o direito processual.

4.2 Conteúdo do Princípio da Instrumentalidade Substancial das Formas

O princípio da instrumentalidade das formas encontra-se previsto nos arts. 154 e 244 do Código de Processo Civil²². Trata-se de norma a qual determina que, quando um ato processual tiver sido realizado em desconformidade com a lei, desde que ele tenha logrado a sua finalidade, deverá ser reputado válido.

O princípio da instrumentalidade substancial das formas, a seu turno, consiste em uma maximização valorativa e de aplicação do tradicional princípio da instrumentalidade das formas. Trata-se, na verdade, de permitir a aplicação do princípio da instrumentalidade das formas às nulidades de fundo²³ (nulidades absolutas), ou seja, aos casos em que estão ausentes os pressupostos processuais ou nos quais faltam condições da ação. Essa aplicação, contudo, é adstrita à inexistência de prejuízo e à obtenção da finalidade respectiva²⁴.

A doutrina, com pequena variação, tem admitido a aplicação do princípio da instrumentalidade substancial das formas²⁵.

²² Os referidos artigos rezam, respectivamente, o seguinte: “Os atos e termos processual não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial”; “Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”.

²³ Sobre a classificação das nulidades em de forma e de fundo, cf.: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 1998.

²⁴ Em outro momento analisei com profusão o princípio da instrumentalidade substancial das formas. Cf. HERTEL, Daniel Roberto. **Técnica processual e tutela jurisdicional: a instrumentalidade substancial das formas**. Porto Alegre: SAFE, 2006.

²⁵ Cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 235 e 236. HERTEL, Daniel Roberto. **Técnica processual e tutela jurisdicional: a instrumentalidade substancial das formas**. Porto Alegre: SAFE, 2006. BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, p. 414. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 446 *et seq.*

4.3 Ausência de Formação de Litisconsórcio Necessário nos Embargos à Arrematação: Nulidade Absoluta

A ausência de formação de litisconsórcio entre o exequente e o arrematante nos embargos à arrematação gera nulidade do tipo absoluta. Na verdade, tal nulidade decorre do disposto no art. 47, parágrafo único do Código de Processo Civil e, caso não seja sanada, resultará na respectiva extinção do processo sem resolução do mérito, na forma do art. 267 do citado código.

A ausência de formação de litisconsórcio necessário, para parcela da doutrina, conduz à falta de pressuposto processual²⁶. Há quem diga, por outro lado, que a mencionada ausência gera a ilegitimidade *ad causam*²⁷, ou mesmo a ilegitimidade *ad processum*²⁸. De qualquer sorte, a discussão é inócua, porquanto a nulidade gerada é do tipo absoluta e, caso não sanada, como já registrado, culminará na extinção do processo sem resolução do mérito, na forma do art. 267 do Código de Processo Civil.

4.4 Possibilidade de Aplicação do Princípio da Instrumentalidade Substancial das Formas à Nulidade Decorrente da não Formação do Litisconsórcio Necessário nos Embargos à Arrematação

A despeito de todo o exposto, parece-me que, nos casos de não formação do litisconsórcio necessário passivo entre o exequente e o arrematante nos embargos à arrematação, haverá ensejo à aplicação do princípio da instrumentalidade substancial das formas. Por meio deste postulado, como mencionado alhures, é possível o juiz aplicar o princípio da instrumentalidade das formas às nulidades de fundo, ou seja, às nulidades absolutas.

É claro que, para aplicação do mencionado princípio, alguns requisitos deverão ser preenchidos; em particular, deverá atentar-se para o binômio prejuízo - finalidade. Significa dizer que, estan-

²⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 262.

²⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 24. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 2, p. 7.

²⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 171.

do presentes os mencionados requisitos, o juiz ou o tribunal poderão relevar a não formação do litisconsórcio passivo necessário nos embargos à arrematação.

Por outras palavras, caso não formado o litisconsórcio passivo necessário nos embargos à arrematação, em princípio haverá nulidade absoluta, que culminará na extinção do processo sem resolução do mérito. Mas, desde que presentes os elementos que integram o binômio prejuízo - finalidade, o princípio da instrumentalidade substancial das formas deverá ser aplicado, afastando-se a nulidade absoluta decorrente da não observância do disposto no art. 47 do Código de Processo Civil.

4.4.1 Verificação da ausência de prejuízo

O primeiro requisito a ser verificado é a ausência de prejuízo. Na verdade, o princípio da instrumentalidade substancial das formas somente poderá ser aplicado se não houver prejuízo para as partes. O prejuízo pode ser bem aferido por meio do princípio do contraditório. Na verdade, a observância deste princípio é indicador da inexistência de prejuízo para a parte.

Desse modo, em que pese a não formação de litisconsórcio passivo necessário nos embargos à arrematação, caso não tenha ocorrido qualquer prejuízo para o exequente e para o arrematante, a arrematação deverá ser considerada válida, desde que observados os requisitos legais, julgando-se improcedente os embargos. Note-se que o prejuízo decorrente da não formação do litisconsórcio passivo necessário deverá ser aferido sob a ótica do exequente e do arrematante, e não do executado embargante.

Imagine situação em que o arrematante não tenha sido citado para os embargos à arrematação e que a sentença tenha julgado improcedente a mencionada defesa aviada. E, após o trânsito em julgado da sentença dos embargos à arrematação, o devedor-embargante venha a ajuizar ação rescisória perante o tribunal, com base no art. 485, inc. V, do CPC, alegando violação literal de lei, porquanto o art. 47 do CPC não fora observado.

Ora, nessa situação, caso o arrematante, litisconsorte na ação rescisória, ao apresentar a sua contestação, informe ao tribunal que não tem nada a opor em relação à arrematação, eventu-

al nulidade pela não formação do litisconsórcio necessário na ação de embargos à arrematação deverá ser afastada. É que não houve qualquer prejuízo para o arrematante.

Destaque-se que a não formação de litisconsórcio necessário passivo nos embargos à arrematação pode acarretar prejuízos para o arrematante e para o exequente, mas não para o executado.

4.4.2 Verificação do escopo logrado em relação à arrematação

Cumpra analisar, outrossim, se, a despeito da não formação do litisconsórcio nos embargos de segunda fase, o escopo processual foi atingido. Se a arrematação foi válida e o preço não foi vil, o argumento relativo a não formação do litisconsórcio no pólo passivo dos embargos é insuficiente para invalidar-se o processo. É que o escopo processual foi logrado, atingindo a arrematação a sua finalidade.

4.4.3 Verificação do interesse do arrematante

Insta esclarecer que o maior interessado na declaração da nulidade do processo inaugurado pelos embargos à arrematação pela não formação do litisconsórcio passivo necessário é o arrematante. É que a ele faculta-se, nos termos do disposto no art. 746, § 1º do CPC, desistir da arrematação no caso de apresentação de embargos.

Caso o arrematante, então, não tenha sido citado para os embargos à arrematação, mas apresente uma manifestação nos autos dos embargos de segunda fase no sentido de ter interesse na manutenção da arrematação, não há qualquer nulidade a ser reconhecida pela não formação do litisconsórcio. Nessa situação, caso os autos dos embargos já estejam na fase de sentença, deverá ser proferido julgamento de mérito, afastando-se a nulidade decorrente da não observância do disposto no art. 47 do Código de Processo Civil.

4.4.4 Verificação da iniciativa do executado ao interpor os embargos à arrematação

Outro aspecto que não pode ser relevado quando da apreciação de eventual declaração de nulidade pela não formação de litisconsórcio passivo nos embargos à arrematação é a conduta do

executado. De fato, os embargos à arrematação são aviados pelo executado-embargante, cabendo a este apontar, no polo passivo da demanda, na condição de litisconsortes, o exequente e o arrematante.

Caso o executado, ou seja, o embargante, não indique no polo passivo dos seus embargos o exequente e o executado, não poderá valer-se da sua própria desídia posteriormente, sob pena de violação do princípio geral de direito que veda a invocação da própria torpeza. Por outras palavras: aplica-se, neste caso, o princípio da proibição do *venire contra factum proprium*.

Ademais, o art. 243 do CPC, em que pese a existência de orientação no sentido de não ser aplicado às nulidades absolutas²⁹, esclarece que a decretação de nulidade não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa³⁰. Isso fere o princípio da lealdade processual, em particular a necessidade de manutenção de comportamento alinhado à boa-fé objetiva.

4.5 Litisconsórcio Necessário “Facultativo” nos Embargos à Arrematação

Registre-se que já há decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que aplicou o princípio da instrumentalidade substancial das formas a um caso de não formação de litisconsórcio necessário passivo em sede de embargos à arrematação. Na verdade, a tendência da moderna doutrina e da jurisprudência é nesse sentido, ou seja, no sentido do aproveitamento, ao máximo, dos atos processuais, posto que exista uma nulidade de fundo. Pela importância do julgado cumpre colacioná-lo neste ensejo:

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À ARREMATÇÃO. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DO ARREMATANTE. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALI-

²⁹ Registra Didier que este é o entendimento dominante na doutrina. Cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2008, v. 1, p. 263.

³⁰ Sobre o exposto, é oportuno colacionar o seguinte julgado: “Não deve ser declarada nulidade quando a parte a quem possa favorecer para ela contribui e se absteve de qualquer impugnação no curso da demanda, relativamente ao devido processo legal” (RSTJ 12/366).

DADE SUBSTANCIAL DAS FORMAS. NULIDADE AFASTADA. HASTA PÚBLICA. INTIMAÇÃO DO DEVEDOR. INEQUÍVOCO CONHECIMENTO DO ATO. VALIDADE DA ARREMATACÃO. Não obstante a ausência de citação do arrematante para compor o polo passivo da ação de embargos à arrematação na qualidade de litisconsorte necessário, mas considerando o princípio da instrumentalidade substancial das formas, a ausência de pressuposto processual que gera a nulidade do processo pode ser superada, se puder aproveitar-se o ato sem causar prejuízo à parte que se beneficiaria com a nulificação. Restando inequívoca nos autos a ciência do devedor acerca da hasta pública levada a efeito nos autos de execução, há de ser mantida a arrematação realizada³¹.

Por todo o exposto, pode-se considerar que o litisconsórcio na ação de embargos à arrematação é, em relação ao polo passivo, do tipo necessário. Mas, a não formação deste litisconsórcio não conduzirá necessariamente à declaração de nulidade. Tem-se, assim, uma espécie de litisconsórcio necessário “facultativo”, haja vista a possibilidade de convalidação da nulidade decorrente da não formação do litisconsórcio no polo passivo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os embargos à arrematação constituem importante meio de defesa do executado em relação aos atos expropriatórios. Trata-se de ação na qual devem figurar no polo passivo, na condição de litisconsortes necessários, o exequente e o arrematante. Essa formação tem por objetivo precípuo preservar os interesses das mencionadas pessoas, porquanto, julgados procedentes os embargos à arrematação, serão elas diretamente afetadas.

O princípio da instrumentalidade substancial das formas prima pela constante manutenção do escopo instrumental do processo. Por intermédio do mencionado postulado, admite-se a conva-

³¹ TJMG, AC 1.0024.06.274186-3/001, Décima Primeira Câmara Cível, Relatora Desembargadora Selma Marques, Julgamento em 18/07/2007, DJMG 02/08/2007.

lidação das nulidades de fundo, aplicando-se a estas o princípio da instrumentalidade das formas. Para sua aplicação, contudo, é necessário que se observe o binômio prejuízo - finalidade.

Em relação à não formação do litisconsórcio necessário passivo entre o exequente e o arrematante na ação de embargos à arrematação, em que pese orientação tradicional da doutrina no sentido da existência de nulidade insanável, parece-me que haverá ensejo à aplicação da instrumentalidade substancial. Desde que observado o binômio prejuízo-finalidade, o princípio da instrumentalidade substancial das formas poderá ser aplicado nos casos de não formação do litisconsórcio necessário.

Não se pode jamais olvidar que o processo é um mero instrumento da atividade jurisdicional. Por meio do processo, o que se objetiva é a concretização de direitos, não podendo a relevância do instrumento judicial sobrepor-se à solução da lide. O processo é meio, e não fim. Nesse contexto, é possível que, observado o binômio prejuízo-finalidade, seja superada eventual nulidade decorrente da não formação do litisconsórcio necessários na ação de embargos à arrematação. 